

El derecho al agua en la Nueva Constitución Política del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario de Bolivia

Nora Britos¹

Introducción

El último proceso constituyente en Bolivia ha sido uno de los más interesantes laboratorios políticos de la región de América Latina en los últimos años, y la reforma constitucional lograda se enmarca en el así llamado 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'. Esta denominación recubre las experiencias de Colombia (1991), Venezuela (1999) y Ecuador (2008). El caso más notable, en este sentido, es el del Estado Plurinacional de Bolivia, cuyo texto fue puesto a referéndum de la sociedad el 25 de enero del 2009 y aprobado. Se trató de un proceso largo y complejo, que, a pesar de los enormes obstáculos desde la aprobación del proyecto por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, logró finalmente establecer la actual Constitución, que fue promulgada el 7 de febrero de 2009. La participación extensa de la población y de organizaciones de distinta índole e incluso, la propia 'alfabetización' a partir de la discusión sobre las distintas versiones del proyecto despertó interés académico y político por el proceso. Pero sin dudas es su singularidad, su ampliado reconocimiento de derechos, la introducción de nuevas garantías y el reconocimiento político de la población indígena (incluyendo aspectos culturales, jurídicos e institucionales) lo que torna a esta Constitución un modelo dentro del 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'.

En este trabajo nos referiremos a la inclusión del derecho al agua en la Constitución boliviana, que, siguiendo la huella de la Constitución de Ecuador - en la que se recogen los más altos estándares de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales- Bolivia también recoge el derecho humano al agua y especifica su contenido. Sostenemos que el reconocimiento constitucional del derecho humano al agua tal como se expresa en esta Constitución, representa un ejemplo relevante de la imbricación de fuentes del derecho, y en especial, de diálogo fecundo entre el derecho internacional de los derechos humanos y la creación nacional, patentes en la renovación jurídico-política producida. En este sentido, compararemos algunos instrumentos internacionales con la recepción de este derecho en la Constitución boliviana.

¹ Docente investigadora, profesora titular en cátedra Políticas Sociales del Estado, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

I. La nueva Constitución y el derecho al agua

Una primera observación de interés se relaciona con los contenidos del Preámbulo, donde se incorporan explícitamente como fuentes de inspiración de la nueva Constitución las guerras del agua². Dice el párrafo segundo del Preámbulo: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, *en las guerras del agua* y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado”³.

Esta nueva Constitución establece derechos fundamentalísimos en el Título II (Derechos fundamentalísimos, derechos fundamentales y garantías), estableciendo en su Artículo 13 “I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. (...) III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Aunque volveremos sobre los nexos entre la nueva Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, conviene señalar aquí que el reconocimiento de la interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos, así como la especificación de los niveles de obligación del Estado (promoción, protección y respeto) forman parte de distintos tratados de derechos humanos en el Sistema Universal de Derechos Humanos. En el caso específico del PIDESC, en cierta medida se deriva de este instrumento la idea de la progresividad⁴. Por otra parte es importante señalar que la especificación sobre la igual jerarquía de los derechos contenidos, ya sean sociales, civiles o políticos, forma parte de los debates actuales y esfuerzos intelectuales en el campo jurídico contrapuestos a la perspectiva liberal dominante, que plantea que los derechos civiles son prioritarios⁵.

² Sobre la guerra del agua en Cochabamba durante el año 2000 ver Luis Sánchez Gómez y Philip Terhorst, “Cochabamba, Bolivia: asociaciones públicas y colectivas tras la guerra del agua”, en Transnational Institute (TNI); Corporate Europe Observatory (CEO), *Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños*, El Viejo Topo, Madrid, 2005.

³ Las cursivas son nuestras.

⁴ Con respecto a la obligación de progresividad o la prohibición de regresividad, véase la compilación de Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, 1999. Víctor Abramovich; Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

En la nueva Constitución, el agua es abordada en dos dimensiones: 1) como derecho humano al agua, y 2) como bien al que se refiere el derecho y en ese sentido, como recurso natural renovable estratégico (el recurso hídrico). Por cierto que de los usos y de la forma que adopta la gestión del bien se derivan las posibilidades materiales de garantizar el derecho humano al agua. En este sentido, y en relación con la gestión del bien agua, se establece la competencia indelegable del Estado Plurinacional sobre los recursos naturales, incluyendo el agua. Así, en el capítulo octavo (Distribución de competencias) Artículo 299, se establece que le compete al Estado Plurinacional en forma privativa e indelegable “Tierra y territorio; recursos naturales y energéticos estratégicos, minerales, hidrocarburos, recursos hídricos, espectro electromagnético, biodiversidad y recursos forestales”. El Artículo 349 precisa la propiedad y dominio de los recursos naturales en cabeza del pueblo boliviano: “1. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo”.

En el texto hay una indicación extensa de las modalidades que deberán adoptar las políticas de gestión ambiental, que deberán basarse en la planificación y gestión participativas, en el control social, y en la aplicación de evaluaciones de impacto ambiental en cualquier actividad que afecte los recursos naturales o el medio ambiente. La relevancia de esta temática se evidencia en que se prevén sanciones civiles, penales y administrativas por el incumplimiento de estas pautas de gestión, y por el hecho de que los delitos contra el medioambiente se cuentan entre los más graves, ya que el Artículo 112 establece que “Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, de crímenes de guerra y *los delitos contra el medioambiente son imprescriptibles*”⁶. En lo que respecta a la propiedad y disposición del agua como bien, en el Artículo 125 se establece que “1. Comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que incurra en los siguientes hechos: (...) 2. Que realice actos para la enajenación de los recursos naturales de propiedad social del pueblo boliviano a favor de empresas, personas o estados extranjeros”, con lo que se pone de manifiesto la importancia que se le asigna a los recursos naturales, incluyendo el agua, lo que sin dudas se vincula con la historia de enajenación de esos recursos que ha padecido este país, así como gran parte de los países de Latinoamérica.

Se establece un Tribunal Agroambiental, que “es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad” y tiene como atribuciones

⁶ El resaltado es nuestro.

“Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos y uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad (...)”.

También se establece la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (Capítulo Cuarto), según el artículo 191 “I. Las naciones y pueblos indígena originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución”. Esta Jurisdicción se refiere a todo tipo de relaciones jurídicas y actos y hechos que vulneren bienes jurídicos en el ámbito territorial indígena originario campesino.

Por último, una gran innovación en la Constitución es que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por sufragio universal (Artículo 183).

II. El derecho humano al agua en la Constitución de Bolivia y la Observación General Nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Es de nuestro interés señalar que, en los últimos 20 años, se produjo una creciente interpenetración entre diversas fuentes normativas de los derechos humanos, y en particular, una lenta pero sostenida incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos domésticos en América Latina⁷. Esta interpenetración ha contribuido a la renovación de la discusión sobre los derechos humanos en general y derechos sociales en particular, en la medida en que la mayor parte de los Estados latinoamericanos son parte de pactos y tratados de derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Al mismo tiempo en que en muchos países tenían lugar fuertes desestructuraciones de los derechos sociales y sus instituciones de garantía, incluyendo cambios legislativos y administrativos regresivos, los países adoptaban pactos y se obligaban internacionalmente en relación con esos derechos sociales. Incluso muchos países de la región incluyeron estos pactos en sus constituciones, y

⁷ Véase Víctor Abramovich; Alberto Bovino; Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

establecieron que los contenidos de esos pactos tenían un rango superior a las leyes nacionales, como es el caso de Argentina, entre otros.

Esta particular incorporación normativa generó posibilidades de exigencia de derechos⁸ y nuevos ámbitos de expresión de los conflictos en torno a su vigencia, que fue explorada con singular éxito por parte de distintos colectivos afectados⁹. Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue siempre reluctantante a tutelar derechos sociales, esa perspectiva ha ido cambiando y se han producido algunos avances que tienen que ver con la implementación del Protocolo de San Salvador. Así, en los últimos diez años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado el estudio de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en la región, y ha producido documentos que pretenden aportar herramientas para el monitoreo del cumplimiento de los derechos sociales. Si recorremos las últimas actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos sociales, podemos reconocer algunas orientaciones. En lo que refiere a las *temáticas* que han llegado a su conocimiento, podemos destacar que en los últimos años la Comisión ha admitido crecientemente demandas relacionadas con derechos de los pueblos indígenas y en particular, basadas en la vulneración del reconocimiento del vínculo de estas comunidades con la tierra y las obligaciones de los Estados en materia de restitución de tierras¹⁰.

También ha tomado *medidas provisionales* en temas de ambiente y contaminación, derecho a la salud física y mental; condiciones de detención de adolescentes; acceso a la atención para personas con VIH-SIDA y cumplimiento de responsabilidades en materia de seguridad social.

En julio de 2008, en su 132º período ordinario de sesiones la Comisión aprobó los *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos*

⁸ CELS, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008.

⁹ Véase Martín Abregú, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción, en Abregú y Courtis (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

¹⁰ Comisión IDH, Comunidades Indígenas Ngöbe y otras, Panamá (2009); Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca, Perú (2007); Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenani, Ecuador (2006); Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, Honduras (2006); Comunidad Garífuna de San Juan, Honduras (2006); Comunidad Indígena Tacana de Miraflores (Riberalta), Bolivia (2005), miembros del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia (2005); miembros de los pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Wapichana, Patamona y Taurepang en Raposa Serra do Sol, estado de Roraima, Brasil (2004); miembros de la Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay (2004); Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, Perú (2004); miembros de la Comunidad Indígena Sarayacu, Ecuador (2003); 515 familias afrodescendientes (2125 personas), miembros del Consejo Comunitario de la cuenca del Jiguamiandó, Colombia (2002); doce clanes Saramaka, Suriname (2002); Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros, Bélize (2002); Comunidad Indígena Awás Tingni, Nicaragua (1997).

económicos, sociales y culturales (o Lineamientos). Estos Lineamientos fueron desarrollados atendiendo a que en noviembre de 1999 entró en vigencia el Protocolo de San Salvador, que establece, entre los medios de protección de derechos sociales un sistema de peticiones (restringido a educación primaria y libertad sindical) y un sistema de informes periódicos de los Estados sobre las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto de los derechos consagrados en el instrumento¹¹.

Por cierto que los desarrollos regionales se basan en la enorme y relevante producción en el Sistema Universal de Derechos Humanos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), integrado por 18 expertos independientes que actúa como supervisor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha explicitado el contenido de los derechos reconocidos en el PIDESC, y desde 1988 dicta Observaciones Generales, que son los criterios y especificaciones sobre el Pacto y los derechos allí contenidos¹².

Los principales aportes del Comité DESC a la configuración de las obligaciones del Estado se vinculan con el reconocimiento de diferentes niveles de obligación (de respeto, protección y satisfacción) y al establecimiento de un conjunto de estándares conforme a los cuales deben diseñarse las medidas de protección (la prohibición de discriminación; la obligación de adoptar medidas inmediatas; la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; la obligación de progresividad y la consecuente prohibición de regresividad), todo ello en línea con los principios permanentes de universalidad, indivisibilidad, interacción e interdependencia de derechos y libertades fundamentales, provee un marco vasto y preciso para el análisis de la protección social. Por otra parte, ha producido Observaciones Generales

¹¹ Las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador", aprobadas el 7 de junio de 2005 por la Asamblea General de la OEA establecen que los informes versarán sobre los distintos derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador, a saber:

- a) derechos protegidos en los artículos 6 y 7, derecho al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo y en el artículo 9, derecho a la seguridad social.
- b) derechos protegidos en el artículo 8, derechos sindicales.
- c) derechos protegidos en el artículo 10, derecho a la salud
- d) derechos protegidos en el artículo 11, derecho a un medioambiente sano
- e) derechos protegidos en el artículo 12, derecho a la alimentación
- f) derechos protegidos en los artículos 13 y 14, derecho a la educación y derecho a los beneficios de la cultura.

El documento afirma también que "las medidas regresivas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo y que la progresividad como característica de las obligaciones asumidas por el Estado Parte requiere una actitud positiva de avanzar hacia el fin propuesto y no una mera inacción". Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) del 7 de junio de 2005. Anexo, Contexto de la Propuesta.

¹² Mónica Pinto, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

que establecen los contenidos de los derechos, las obligaciones estatales y las vulneraciones posibles¹³.

En 2002 el Comité DESC estableció la *Observación General N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Esta Observación provee indicaciones precisas sobre cómo se debe entender este derecho, y mostraremos que el reconocimiento del derecho al agua en la Constitución boliviana converge con estos aportes.

La nueva Constitución de Bolivia establece en su Artículo 16 que “I. Toda persona tiene derecho al agua y la alimentación”; la OG 15 señala que “6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) (...)”. La OG 15 sostiene que el derecho humano al agua es condición de realización de otros derechos humanos.

La nueva Constitución plantea en su Artículo 20 que “I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas,

¹³ Hasta la fecha el Comité aprobó 18 observaciones generales, que son consideradas como jurisprudencia internacional en materia de derechos sociales. Las observaciones son: OG 1 (1989): *Presentación de informes por los Estados Partes*; OG 2 (1990): *Medidas internacionales de asistencia técnica* (artículo 22 del Pacto); OG 3 (1990): *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); OG 4 (1991): *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); OG 5 (1994): *Personas con discapacidad*; OG 6 (1995): *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*; OG 7 (1997): *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); *Los desalojos forzosos*; OG 8 (1997): *Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*; OG 9 (1998): *La aplicación interna del Pacto*; OG 10 (1998): *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*; OG 11 (1999): *Planes de acción para la enseñanza primaria* (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); OG 12 (1999): *El derecho a una alimentación adecuada* (art. 11); OG 13 (1999): *El derecho a la educación* (artículo 13 del Pacto); OG 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); OG 15 (2002): **El derecho al agua** (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); OG 16 (2005): *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); OG 17 (2005): *Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)* (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto); OG 18 (2005): *El derecho al trabajo*.

cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. *La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social. El agua y el alcantarillado constituyen derechos humanos y no son objeto de concesión ni privatización*¹⁴. Tanto el Artículo 16 como el 20 se encuentran dentro de los *derechos fundamentalísimos*.

Nótese que la OG 15 y la Constitución abordan el agua como un recurso natural y establecen el derecho humano al agua. La OG 15 en su introducción plantea que “1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

En la OG 15 el agua es tratada como un bien público fundamental. En la nueva Constitución, que propone para otros bienes y servicios básicos su provisión a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias, incluso empresas privadas, en el caso del agua la formulación es taxativa: el agua y el alcantarillado constituyen derechos humanos y *no son objeto de concesión ni privatización*.

La OG 15 establece que “2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”.

La OG 15 avanza en los *contenidos del derecho al agua*. Estos contenidos son:

¹⁴ Las cursivas son nuestras. Véanse las similitudes con la previa Constitución de Ecuador, que establece lo siguiente:

Art. 12.- “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.
Art. 411.- “El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.
Art. 412.- “La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico”. <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>

- a) La disponibilidad. Este aspecto del derecho exige que la cantidad y continuidad de la provisión de agua para cada persona sea suficiente para los usos personales y domésticos.
- b) La calidad. Este aspecto se refiere a que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan vulnerar la salud de las personas.
- c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad se desagrega en cuatro dimensiones superpuestas:

Accesibilidad física. Independientemente de la localización geográfica o del tipo de asentamiento humano, el agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. El acceso a los servicios e instalaciones de agua no debe provocar inseguridad física.

Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance económico de todos, ser asequible. Afrontar los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua no debe comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. Los Estados Partes tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes.

No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho (en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres), incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Los motivos prohibidos son raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho al agua.

Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

En relación con todos los contenidos del derecho y las dimensiones de la accesibilidad se insta particularmente a los Estados Partes a que

“a) No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua. Es preciso aliviar la carga desproporcionada que recae sobre las mujeres en la obtención de agua. b) No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua. Es preciso abordar con carácter urgente la cuestión del suministro de agua potable a las instituciones de enseñanza que actualmente carecen de ella. c) Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación. Las zonas urbanas desfavorecidas, incluso los asentamientos humanos espontáneos y las personas sin hogar, deben tener acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. No debe denegarse a ningún hogar el derecho al agua por razón de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que ésta se encuentra. d) El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua (...)”.

Podemos observar que en la nueva Constitución boliviana se recogen los contenidos del derecho: señalábamos en el Artículo 20 que la provisión de servicios de agua debe responder a los criterios de universalidad (*que forma parte de los derechos sociales y además podríamos vincular con la prohibición de toda discriminación*), responsabilidad, accesibilidad (*podemos ligar aquí las distintas dimensiones de la accesibilidad*), continuidad (*aspecto clave de la disponibilidad*), calidad (*la calidad es un contenido*), eficiencia, eficacia, tarifas equitativas (*accesibilidad económica*) y cobertura necesaria (*otro aspecto de la disponibilidad*); con participación y control social (*accesibilidad en su dimensión de información, más ampliada*).

Así, podríamos señalar que todos los contenidos que se establecieron en la OG 15 han sido incorporados en la nueva Constitución de Bolivia, incluyendo algunas ampliaciones.

En lo que respecta a las *obligaciones del Estado*, la OG 15 establece obligaciones legales específicas: respetar, proteger y satisfacer o cumplir¹⁵.

¹⁵ Para un desarrollo completo sobre estos niveles de obligación del Estado, véase Víctor Abramovich; Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

La obligación de respetar se vincula con una dimensión negativa, esto es, la abstención del Estado. En el caso del derecho humano al agua, la obligación de respetar “comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado”.

Un ejemplo de la obligación de respetar que se asume en la nueva Constitución de Bolivia se registra en el Artículo 352. “La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.

Cabe señalar aquí que el reconocimiento de las comunidades indígena originaria campesinas es una de las innovaciones más importantes de esta Constitución, que no puede ser abordada aquí¹⁶. No obstante, en materia de la obligación estatal de respeto, sobresale la mención a estas comunidades y a sus usos y costumbres en materia de agua, lo que a su vez se vincula con los planteos de la OG 15 con respecto a las poblaciones indígenas y su gestión del territorio. En el capítulo cuarto (Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos), se establece el derecho de estas colectividades “17. A la gestión territorial indígena autónoma y al aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio”.

La obligación de proteger se relaciona con el rol de control sobre los privados que debe cumplir el Estado, y “exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua”. El Comité señala en particular, “cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de

¹⁶ Sobre la temática indígena en Bolivia, ver Álvaro García Linera, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación General, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento". Es importante destacar que esta Observación General fue aprobada en 2002, en un período en el que la privatización de los servicios de agua en Latinoamérica estaba mostrando sus efectos perniciosos en materia de discriminación de facto contra las poblaciones en condiciones de pobreza, abusos en las tarifas y falta de inversión, lo que derivó, entre otros aspectos, en conflictos sociales en torno a la gestión del agua.

Como señalamos anteriormente, la Constitución boliviana prohíbe taxativamente la concesión o privatización de los servicios de agua y el alcantarillado. A su vez, esta obligación de protección viene reforzada por los nuevos instrumentos de protección creados en la Constitución, como el Tribunal Agroambiental y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, ambos con jurisdicción sobre el agua.

Finalmente, la obligación de cumplir "exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas".

En el Artículo 374 de la nueva Constitución, se establece que "I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua de todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos. II. El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua". Aquí se hace referencia a los tres niveles de obligación: respetar, regular (proteger) y gestionar y planificar garantizando el acceso (satisfacer o cumplir). Se especifica la referencia a la planificación (establecer un plan), a la participación social (que supone acceso a la

información) y a la garantía del derecho, así como al establecimiento legislativo de normas que regulen los distintos usos del agua.

Encontramos, finalmente, dentro de la regulación de los recursos naturales, el Capítulo Quinto que se refiere en particular a los Recursos Hídricos. El artículo 373 establece que “I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados”.

Así, todos los capítulos que se vinculan con el agua repiten su carácter de derecho humano, y plantean su imposible mercantilización, comercialización o apropiación privada.

Uno de los aspectos más relevantes en la investigación sobre los derechos sociales es la distancia entre el reconocimiento normativo (muchas veces en el plano constitucional) y la no existencia de normas de menor nivel acompañada por un diseño institucional de los programas que contrasta con lo que debería ser la provisión atenta a los estándares mencionados, a lo que se suman además las prácticas de los agentes estatales contrarias abiertamente a la perspectiva de derechos. Podríamos decir que las omisiones y lagunas normativas, esto es, la falta de desarrollo de normas inferiores que permitan aplicar las disposiciones constitucionales o relativas a los tratados señalados (particularmente en relación con algunos derechos sociales) y la falta de realización efectiva de disposiciones vigentes (en especial, en el campo de las obligaciones de satisfacción) son grandes.

En la nueva Constitución que analizamos, el esfuerzo por diseñar garantías institucionales para los derechos sociales es muy relevante. Entendiendo que “garantizar un derecho supone, en un sentido amplio, establecer algún mecanismo que permita tutelar o hacer efectivo el acceso a los recursos o bienes que conforman su contenido”¹⁷, y que las garantías pueden ser de tipo institucional o extra-institucional, según los agentes que deben desarrollarlas.

Las garantías institucionales son las que deben desarrollar los poderes públicos (los poderes ejecutivos, legislativos y judicial), mientras que las garantías no institucionales o sociales son

¹⁷ Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, Icaria, Barcelona, 2003; pág. 137.

las formas de autotutela de los derechos en los que resulta determinante la propia participación de los titulares de los derechos, en particular, los afectados, y también los distintos movimientos sociales en su defensa. Los dos tipos de garantías (institucionales y sociales) son centrales para la expansión de los derechos sociales.

En el Título IV (Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa), en el capítulo primero, garantías jurisdiccionales, el artículo 110 establece “I. Todos los derechos reconocidos por la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección (...)”. Por lo que el derecho al agua es de directa aplicación, sin necesidad de regulaciones adicionales. Las nuevas garantías institucionales que se incorporan son: la Acción de cumplimiento, la Acción popular, y se establecen criterios relevantes en la Acción de inconstitucionalidad por la que toda persona individual o colectiva que se vea afectada por una norma contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar esta acción. En este caso, “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, *hace inaplicable la norma impugnada y surte efectos respecto a todos*¹⁸” (art. 134).

La Acción de cumplimiento reconoce una amplia legitimación activa (pueden interponerla personas individuales o colectivas afectadas), procede en casos de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. Esta garantía resulta muy relevante ya que, en materia de derechos sociales, la mayor parte de las vulneraciones a los derechos procede no tanto por la acción de los poderes públicos sino precisamente por la omisión de la prestación.

La Acción popular se puede dirigir contra todo acto u omisión de autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen violar derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, y el medioambiente. Hay amplia legitimación activa (cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad) y obligación de presentación por parte del Ministerio Público y el Defensor del pueblo cuando tomen conocimiento de estos actos.

¹⁸ La cursiva es nuestra.

III.- A modo de cierre

Las innovaciones contenidas en la nueva Constitución de Bolivia son múltiples, significativas y amplias. Aquí sólo abordamos el tratamiento del derecho al agua, y su vinculación estrecha con los más altos estándares derivados del Sistema Internacional de Derechos Humanos, en particular, con la producción del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Considero que hemos aportado a matizar la afirmación de Luis Tapia, según la cual “La declaración universal de los derechos humanos tiene un carácter etnocéntrico, fuertemente articulado a necesidades estructurales de sociedades modernas capitalistas, en tanto tienen en el corazón de su estructura de derechos el de la propiedad privada que, por lo general, es aquello que ha permitido el monopolio, tanto nacional como transnacional, de los medios de vida”¹⁹. Quizá la lectura de los derechos humanos exclusivamente centrada en el derecho de propiedad que ha atravesado al pensamiento crítico, ha impedido registrar los impulsos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede proveer al reconocimiento de derechos anteriormente ausentes en las constituciones, y especialmente, al campo de los derechos sociales²⁰. El mismo Tapia valora “(...) las constituciones, que son una articulación normativa o institucional de lo social y económico, que pretende dirigir el movimiento de la vida social, o que las cosas ocurran en el seno de las instituciones diseñadas”²¹ y valora “la dimensión de lo político como instituyente, es decir, que a través de la política las sociedades producen sus formas, es decir, un tipo de articulación y dirección global de los diferentes aspectos de la vida social y, en este sentido, también el modo de transformación de la naturaleza”²². Y reconoce que “la mayoría de las constituciones no han tenido como origen un momento o proceso de deliberación pluralista amplia en base a una participación igualitaria o el principio de igualdad”²³. El proceso constituyente en Bolivia precisamente fue plural, multicultural y participativo. Y de la abigarrada pluralidad cultural y política que se expresó en el proceso constituyente, surgió una Constitución que resulta renovadora en varios aspectos. Por una parte, establece nuevos derechos, reconoce y establece derechos de autogobierno para las comunidades indígena originario campesinas, pero no sólo se limita a establecer nuevos derechos sino también genera múltiples garantías institucionales de esos derechos, tanto en el plano administrativo como en el judicial. Además, se crean diferentes órganos y el

¹⁹ Luis Tapia, *Pensando la democracia geopolíticamente*, Muela del Diablo Editores, La Paz, 2009; pág. 81.

²⁰ Para una discusión sobre el potencial emancipatorio de los derechos humanos, véase Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Editorial Trotta/ILSA, Madrid, 2009.

²¹ Tapia, *Op. Cit.*; pág. 50.

²² Tapia, *Op. Cit.*; pág. 38.

²³ Tapia, *Op. Cit.*; pág. 49.

tribunal supremo se democratiza a partir de su composición plural y electiva. Por cierto que desde la perspectiva liberal en materia constitucional, estas transformaciones, y en particular, la ampliación del reconocimiento de derechos y la creación institucional son vistas con singular aprensión. Así lo plantean claramente Roberto Gargarella y Christian Courtis, para quienes parecería que las constituciones y la consagración de derechos son secundarias. Estos autores plantean que “dado el esfuerzo político e institucional que requiere una reforma constitucional en sistemas de Constitución rígida, cabe preguntarse si semejante energía resulta bien canalizada cuando el desarrollo del programa constitucional requiere de todas maneras del concurso de la política ordinaria. Tal inversión de esfuerzo puede tener un valor simbólico importante –aunque decreciente, en caso de reformas reiteradas–, pero lo cierto es que la concreción de la promesas de una Constitución, por más cargada sustantivamente que ella esté, dependen del buen funcionamiento de la política ordinaria. Lograr el consenso necesario para emprender una modificación constitucional destinada a incluir reivindicaciones en materia de salud o de derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, puede ser más gravoso y al mismo tiempo menos efectivo en términos de resultados que el esfuerzo necesario para crear consenso sobre una política de Estado en materia de salud o de derechos de los pueblos indígenas y para implementarla. En el primer caso, el resultado es simplemente una modificación del texto constitucional, mientras que en el segundo, el grado de concreción del objetivo político deseado parece mayor”²⁴.

La experiencia de Bolivia se enmarca en una perspectiva muy diferente, que reconoce el momento instituyente de lo político, cuyo momento clave es precisamente la asamblea constituyente y su producción por excelencia, la constitución. Seguramente la puesta en marcha del complejo andamiaje institucional así creado dependerá de las energías sociales ampliadas que han sido reconocidas y convocadas en este proceso.

²⁴ Roberto Gargarella; Christian Courtis, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, Serie Políticas Sociales 153, CEPAL Santiago de Chile, noviembre de 2009; pág. 17. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/37882/sps153-dds-constitucionalismo.pdf>, consultado el 28/01/12.